

## CAPITULO II.

### DE LA ANTICRESIS.

527. La palabra *anticresis* es griega; hay disputas acerca de su etimología. Esto es bastante indiferente. Los romanos, que tomaron del griego la palabra y la cosa, entendían por esto un contrato por el cual el deudor abandona á su acreedor el goce de un inmueble para suplir los intereses de la deuda; esto era, pues, una convención aleatoria, pudiendo los frutos valer más ó menos que los intereses. En la jurisprudencia antigua la anticresis cambió de naturaleza; el acreedor sólo adquiría la facultad de percibir los frutos, á cargo de imputarlos anualmente á los intereses, si se le debían, y luego en el capital del crédito. El contrato así modificado no era muy usado sino en los países de derecho escrito y en la jurisdicción del Parlamento de París. Los autores del Código no lo habían mentado en el primer proyecto. En efecto, la hipoteca es generalmente más ventajosa; deja al deudor la posesión del inmueble y da al acreedor un derecho real que puede hacer valer contra los terceros; mientras que la anticresis despoja al deudor de la posesión y no da al acreedor un verdadero derecho real. Pero el poder de la tradición es grande en nuestra ciencia. Las cortes de apelación, á las que el proyecto de Código Civil fué sometido, señalaron el vacío y pidieron que se lle-

nara. Se satisfizo el pedimento. La anticresis, decía la Corte de Burdeos, ofrece al deudor que sólo tiene inmuebles facilidades de liberarse, dándolos en prenda á su acreedor, el que se paga con los productos. El Relator del Tribunal agrega: "Todo cuanto tiende á facilitar las convenciones, á multiplicar y asegurar los medios de liberación es útil á la sociedad y sirve á la vez á los acreedores y á los deudores. La anticresis merecía, pues, figurar en el Código Civil." (1)

528. El art. 2085 define la anticresis en estos términos: "El acreedor *no adquiere* por este contrato *más que la facultad de percibir los frutos* del inmueble, con cargo de imputarlos anualmente á los intereses, si se le deben, y después en el capital de su crédito." Comparando esta definición con la que el art. 2073 da del empeño se ve que la diferencia es grande entre el empeño de una cosa inmobiliar y el empeño de una cosa mueble. "La prenda confiere al acreedor el derecho de hacer que le paguen de la cosa empeñada, con privilegio y preferencia á los demás acreedores." El art. 2085 no habla de un derecho de preferencia, y como está concebido en términos restrictivos debe concluirse que el acreedor anticresístico no tiene este privilegio; por tanto, no un derecho real. Este último punto está controvertido; volveremos á él. El único objeto y solo efecto de la anticresis es ofrecer al deudor que sólo tiene inmuebles un medio fácil para liberarse, abandonando al acreedor el goce de un inmueble. Hay, sin embargo, respecto de otros puntos, analogías entre el empeño y la anticresis. Son dos especies de empeño; la definición que el artículo 2071 da del empeño se aplica, pues, á la anticresis como al empeño; resulta que los caracteres generales de ambos contratos son los mismos. La anticresis es un contrato

1. Gary, Informe núm. 21 (Loché t. VIII, p. 106). Pont, t. II, p. 679, número 1217.

real, como el empeño; el goce de la cosa implica que el acreedor la posee. Es un contrato unilateral; el deudor no contrae ninguna obligación por el contrato; si queda obligado es por accidente, cuando el acreedor hizo gastos útiles ó necesarios. En fin, la anticresis es un contrato accesorio, como todas las convenciones que tienen por objeto ministrar al acreedor una seguridad para el pago de la deuda. Es, pues, necesario una obligación principal válida para que pueda haber una convención de anticresis. (1)

*SECCION I.—De las condiciones requeridas para la validez de la anticresis.*

§ I. ¿QUIEN PUEDE CONSTITUIR UN ANTICRESIS.

529. Según el art. 2077 la prenda puede ser dada por un tercero ó por el deudor. El art. 2090 dice que esta disposición se aplica á la anticresis. Este es el derecho común. Un tercero puede ministrar la garantía real estipulada para la seguridad de la deuda, hipoteca, prenda ó anticresis, como puede ministrar la garantía personal caucionando la obligación del deudor principal. Lo menos natural, y también lo que menos se usa de estas obligaciones accesorias contraídas por un tercero, es seguramente la anticresis. Pero basta que este compromiso pueda entrar en el convenio de los terceros para que la ley deba consagrar este modo de garantizar el pago de la deuda.

530. Que la anticresis está constituida por el deudor ó por un tercero poco importa en cuanto á los efectos y en cuanto á las condiciones; el contrato es siempre lo mismo. Debe verse ante todo quién tiene el derecho de dar un inmueble en anticresis. Ya hemos dicho que para constituir un empeño es necesario ser propietario de la cosa que se da

<sup>1</sup> Véase una aplicación del principio en una sentencia de Lyon de 8 de Enero de 1873 (Daloz, 1874, I, 162).

en prenda y tener la capacidad para enajenarla. ¿Pasa lo mismo con la anticresis? El principio es idéntico aunque los efectos de ambos contratos difieren en un punto muy esencial. El empeño es una enajenación parcial. En nuestra opinión (núm. 528) la anticresis no da al acreedor un derecho en el inmueble. Pero atribuye al acreedor el derecho de goce en los frutos; luego el derecho de gozar del inmueble, y en la opinión común este goce puede ejercerse contra terceros, como lo diremos más adelante. Hay, pues, un derecho adherente á la propiedad, que está por ello desmembrada; lo que constituye una enajenación parcial. Esto basta para justificar el principio que acabamos de formular. El propietario sólo puede desmembrar el derecho de propiedad. Pero bajo el nombre de *propietario* hay también que comprender al usufructuario: puede hipotecar su derecho, puede cederlo; puede, pues, empeñarlo también. Sólo que debe agregarse, como el art. 2118 (Ley Hipotecaria, artículo 45) lo hace para la hipoteca: que el usufructuario no puede dar en anticresis su derecho sino durante el tiempo del usufructo, pues aquel que sólo tiene un derecho temporal no puede conceder en la cosa más que derechos temporales.

La segunda condición comprendida en nuestro principio, la capacidad de suponer, deriva de la primera. Puesto que la anticresis desmembra la propiedad la constitución de la anticresis sobrepasa por esto mismo el poder administrativo. En cuanto al propietario tiene que ser capaz para enajenar, para enseñar una enajenación. De ahí esta doble consecuencia: que el propietario incapaz no puede dar sus inmuebles en empeño y que los administradores legales no tienen capacidad para consentir una anticresis. El principio está admitido por todo el mundo. (1)

531. La jurisprudencia aplicó estos principios. Fue sen-

<sup>1</sup> Aubry y Rau, t. IV, p. 715, notas 1 y 2, pfo. 437. Pont, t. II, p. 682, núms. 1222 y 1223.